

全资子公司债权人保护的公司法特殊规则研究

李建伟 林斯韦

〔摘要〕 公司集团结构中母公司对全资子公司的过度控制、以牺牲后者的利益为代价来实现集团整体利益的现象普遍存在。在公司人格独立、股东有限责任两大基石原则的制度框架下，全资子公司的债权人成为最终的唯一受害人、孤立无援的受害人、难获救济的受害人。为此，公司组织法对其实施特殊的保护实属必要。既然母公司对于多重子公司的股东权利行使存在事实上的穿越，那么相应的责任穿越规则有必要引入到全资子公司身上。作为对现代公司两大基石原则的例外，穿越理论可以为全资子公司的债权人特殊保护规则提供理论支持，据此修正有关规则，有助于对全资子公司的债权人提供更有效的保护。

〔关键词〕 全资子公司； 母公司； 公司债权人； 穿越理论

〔中图分类号〕 D913.991 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769(2019)02-0113-12

一、问题的提出：

全资子公司人格独立的悖论

德国学者托马斯·莱赛尔说，就母子公司所言，必须具备这样的企业特征，即该法律主体能够同时对两个或者更多的企业施加影响。^①作为法人，全资子公司具有独立的人格，也拥有独立财产，独立承担责任，但唯一股东母公司对其存在过度控制也是常见之事，控制与被控制乃是母公司与全资子公司关系的最突出特征。在母公司与全资子公司的实际运营中，二者的利益紧密相连，且经营行为相向而行，但也经常会出现利益冲突的现象。^②母公司利用股东权利在全资子公司运营过程中施加各种影响，本是正常^③，但母公司基

于自身优势往往会采取牺牲全资子公司利益的方法来保全集团整体的利益，此时全资子公司已然变成母公司盈利的工具，或者扮演着母公司某个部门的角色，成为公司集团整体发展的牺牲品。在这种情况下，全资子公司的独立人格受到严重威胁与挑战，给自身的债权人利益造成损害在所难免。

与其他控股子公司相比，母公司对全资子公司的控制权更加权威、绝对而且完整，这体现为母公司对全资子公司的绝对控制会导致其实质性地丧失经济上的自主能力，尤其是决策能力。从经营管理的角度，决策能力主要体现在资金分配、经营指标两大方面，由于各个子公司（全资子公司、控股子公司、参股公司）在公司集团结构中

〔基金项目〕 司法部国家法治与法学理论研究项目“商个人制度完善的重大理论与立法问题研究”（17SFB2037）；中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目（DSJXCXZ180303）；中国政法大学青年教师商法学术创新团队项目（16XCXDT01）

〔作者简介〕 李建伟，中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师；林斯韦，中国政法大学民商经济法学院硕士研究生，北京 102249。

担负的经营功能不同，各自的实际状况与发展目标也不相同，因此，母公司对各个子公司的资金分配也不尽相同。资金分配的多少与子公司的财务控制系统息息相关，直接影响到全资子公司的决策能力。母公司对某个子公司的不合理资金分配安排，不仅会阻碍其健康发展，且对其债权人的债权实现不利。除此之外，集团公司内部的非市场化资源配置，尤其各子公司之间的非公平性交易安排，不仅存在利益输送，还将引发子公司彼此间的恶性竞争，破坏正常的市场环境，直接损害某些子公司债权人的利益。

保护债权人利益的规范固然主要来自民法尤其是契约法，全资子公司的债权人也不例外，但总体上看仅仅依托契约法来保护全资子公司的债权人还远远不够，公司组织法的规范不可缺位。面对全资子公司的唯一股东，债权人的弱势地位昭然若揭，不具备对等议约能力，合约亦无法解决公司风险外部化的问题，故公司组织法发挥的特殊规范功能、提供的特殊规范价值需要引起重视。传统公司法在公司债权人保护方面设有系统的组织法规范，但是基于全资子公司的独特股权结构，很多制度规范无从适用于其上，这加剧了债权人保护的严峻性，所以特殊的公司组织法规范需要被供给。要之，站在公司组织法的立场，既不能因全资子公司对于传统单一公司法的理论基础的挑战而否认其存在价值，但也确有必要提供特定的规范体系平衡失衡的利益机制与治理格局，实现公司正义的最终目标

二、全资子公司的债权人保护难题

（一）最终的唯一受害人

全资子公司的概念是在公司集团的框架下予以定义的。从股权结构看其属于一人公司，从股东身份看其属于法人一人公司，并由此区别于自然人一人公司。依照我国公司法的设计，一人公司分为自然人一人公司与法人一人公司，后者即为公司集团结构下的全资子公司。众所周知，一人公司获得各国公司法的承认历经漫长时期，主要障碍之一就是自然人一人公司的一些天然制度流弊。^④如果说这些流弊天然存在，与自然人一人公司相比较，在全资子公司之中更加明显，且可能在运行中被放大。依照我国公司法的设计，一个自然人只能设立一家一人公司，该一人公司不能再设立一人公司，耐人寻味的是，该两项限制措施并不适用于法人一人公司，这可以理解为是对当代公司集团经济发展的宽容与支持。于是一家母公

司可以设立多家全资子公司，后者还可以纵向设立多重全资子公司，从而组成一个纵横交错的包含多家全资子公司在内的公司集团。不可否认，公司集团通过企业内部协调替代市场协调，节约了市场协调费用，大大降低集团企业的总运行成本，非单一公司所能比拟。尤其1970年代以来全资子公司进入了快速发展期，根据美国学者阿尔弗雷德对美国密歇根州所有公司的统计，发现有30%的公司属于一人公司。^⑤在我国，无论大型的国有集团公司还是家族企业集团，全资子公司都在其中扮演重要角色。但是，高速发展的全资子公司也日益暴露出自身的制度缺陷，其中对债权人利益的侵害正成为备受关注的问题。传统公司法是以单一公司形式为基础设计的规范，股东有限责任与公司人格独立为其两大基石，但在公司集团经济模式之下，子公司以自身利益最大化为目标的制度假设被集团利益最大化所取代，母公司作为公司集团的中枢，利用其控股地位行使着对各成员公司的调控支配权力。利益冲突在于，在庞大的公司集团结构之下，通过建立以母公司为核心的企业网络，不但强化了对子公司的控制，便于实现集团整体利益，还能够隔离子公司的经营风险和其所带来的负面影响，从而降低集团的整体风险；但另一方面，某一子公司的利益经常性地“实现集团整体利益”这一更大的利益格局之下被牺牲。全资子公司在集团结构下被安排“莫名”地获得超额利益的情形固然常见，但如需其做出利益牺牲，子公司并无拒绝的可能，那也将是毫无悬念的安排。全资子公司利益的牺牲，最终的受害人可能只有一个，那就是债权人。如果说控股母公司的支配、控制将动摇各子公司的人格独立性，全资子公司则首当其冲，因为母公司对其有绝对的控制权，二者的实际运营关系对传统公司法的两大基石均提出了挑战。^⑥

（二）孤立无援的受害人

依照委托代理理论，少数股东与债权人皆属公司的弱势群体、外部人（Outsider），二者的利益皆与公司利益息息相关，所以在利益保护上具有天然休戚与共的联系。与此相呼应，公司组织法上的诸多规则兼具保护二者的功能。质言之，公司法中有利于少数股东利益的保护规则，也有益于公司债权人，反过来说多数场合下也是成立的。例如，公司法规定的管理层的信义义务规范，是为维护公司利益而设，也通常符合少数股东及债权人之共同利益。从公司治理的实践看，控股股东、管理层的掠夺行为也将同时损及少数股东

和债权人的利益。比如，控股股东利用控制公司之便抽逃资本的行为与从公司盗窃财产的行为无异，实则也是对股东共同财产的掠夺，从而构成了对未抽逃资本的股东（如少数股东）利益的掠夺，同时也侵蚀了公司独立清偿债务的财产基础，削弱了公司清偿债务的能力，因此对公司债权人也构成了利益掠夺。可谓，控股股东抽逃资本的行为构成了对公司少数股东与债权人利益侵害的聚合，于此情形下，被掠夺者之间的关系是合作性的而非竞争性的，如强制抽逃资本的股东补足资本不会给其他股东、债权人任何一方造成损害，这是一种帕累托改进的状态。所以，防范和惩罚抽逃资本的公司法规范同时有利于保护公司少数股东与债权人的利益。但是，二者之间的利益保护客观上也存在一定差异，并非一种完全聚合的状态。典型者如公司集团中的全资子公司（法人一人公司），其一元化的股权结构决定了不存在少数股东保护的问题，实践中全资子公司的母公司及其股东、管理层、子公司的管理层等的掠夺行为的侵害矛头直指子公司的债权人。这样一来，公司组织法为普通公司设定的保护少数股东的诸项措施，尤其少数股东在公司内部牵制、监督与制约控股股东的规范将难以发挥作用，比如少数股东的代位诉讼、查阅之诉、决议无效之诉，因缺乏适格原告而不适用于全资子公司，原本公司债权人可以借力于少数股东的权利行使及其诉讼救济，但在全资子公司身上却成泡影，失去了来自公司内部同盟者的援手。同时因一人公司治理结构的独特性，公司法上为公司债权人设置的一些救济措施，在全资子公司也无适用余地，典型者如公司决议瑕疵之诉，原本债权人也可以提起公司股东会或董事会决议无效、不成立、可撤销之诉^⑦，但由于全资子公司不设立股东会、董事会，也就无所谓公司股东会、董事会决议，对于一人股东、执行董事的个人决定，并不能适用该类诉讼，于是债权人的决议瑕疵诉权自然落空。

上述分析可以看到，很多场合下债权人成为全资子公司的孤立无援的受害者，少数股东保护机制的建立并不代表债权人保护机制的完成，确有另行讨论公司债权人利益保护规则的必要。

（三）难获救济的受害人

公司集团运作中对于全资子公司的债权人利益的侵害，存在着多种途径与方式，这一现状直接导致债权人权利本身的脆弱性，以及权利实现的障碍性。^⑧举例为证：

1. 不公平关联交易。常见的诸如母子公司之

间的资产交易，母公司掌握并可能不当行使定价权，以及母公司非经营性占用、拖欠全资子公司资金。全资子公司的最大债务人往往是母公司，债权实现的决定权也掌握在母公司一方。《公司法》第21条规定，“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。”“违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”这一赔偿责任，在普通公司身上存在由非关联股东提起代位诉讼等多种追责机制，但对因全资子公司与母公司的不公平关联交易场合而权益受损的债权人，该赔偿责任的追责机制几乎不存，唯一可行的似乎是债权人行使债的保全权而提起代位之诉、撤销之诉，但由于交易信息匮乏的先天性不足而几乎不能实施。

2. 关联担保。为防止控股股东、实际控制人等利用关联担保侵害子公司利益，《公司法》第16条规定了公司对外提供关联担保时包括关联股东回避表决在内的正当程序，作为事先的规制措施，从而也维护了子公司的少数股东、债权人等诸利害关系人的利益^⑨，从十多年来的实施效果来看可谓成效显著。但这一事先规制机制，在全资子公司身上并无适用余地，尽管理论界关于一人公司能否为股东提供担保、如可以提供担保如何适用上述正当程序等尚存在争议^⑩，但现实中全资子公司被安排为母公司或者其他关联主体的债务提供担保者，屡见不鲜，《公司法》第16条所规定的关联担保正当程序在全资子公司难以适用，所以不难推论，这些关联担保行为会给全资子公司债权人的利益造成伤害，但债权人却缺乏救济手段。

3. 利用子公司欺诈。母公司故意建立一家或多家业务差、资产少的全资子公司为壳，藉由全资子公司之媒介与债权人交易，或让全资子公司经营高风险的业务，最终达到诈欺债权人之目的。

上述几种手段经常被综合性运用，从而造成复合性的损害后果，且多有隐蔽性，现有规范难以全面遏制其发生，对全资子公司债权人利益保护的紧迫性正在于此。

三、全资子公司的债权人保护之利益冲突与法律回应

（一）关于股东有限责任的适用

1. 学理争论再回顾

保护全资子公司的债权人利益，是各国、各地区公司集团法制面临的共同课题，截至目前，

各国、各地区的公司法还是恪守全资子公司的人格独立与母公司的有限责任为基本原则。依据股东有限责任论，虽然母公司、全资子公司之间的关系与股东、普通公司之间的关系不同，但不足以否定有限责任原则的适用，母公司仅以出资为限对全资子公司的债务承担有限责任。大型跨国公司选择设立全资子公司而非分公司或者事业部制来拓展全球的业务，这些都拜股东有限责任原则的吸引力，如母子公司的关系处理不恪守该原则，将对跨国公司等大型公司集团的发展形成致命影响。例如，在“多国天然气与石化有限服务公司”诉讼一案中，英国、法国、日本共同设立的多国天然气与石化有限服务公司在母公司的董事指令下，多次采取了错误的发展与管理策略而最终停业，母公司并未对董事的行为进行赔偿，致使全资子公司的债权人利益受损。^⑩许多债权人对母公司提起诉讼要求母公司及其董事对公司停业所致损失负责，英国法院认为，母公司与多国天然气与石化有限服务公司均属独立的法人实体，因此母公司对多国天然气与石化有限服务公司所导致的债权人利益受损行为不具有直接的法律义务，应当承担有限的清偿责任，而并非全部。再如举世瞩目的印度博帕尔毒气泄漏一案，美国法院以有限责任论为基础认定该全资子公司具有独立的法人资格，因此就本案的损害，母公司承担有限责任。^⑪人们对于英美法院在以上两案恪守有限责任原则的裁判有所批评，认为容易引发母公司、全资子公司的经济联系不匹配现象，对于全资子公司的债权人难言公平。人们看到了母公司对全资子公司的绝对控制权，后者的决策行为均由母公司的董事、股东指使，母公司就其股东、董事的滥用职权、违规操作行为不担责，人们担心此类裁判会进一步加剧滥用职权的情况。

与有限责任论针锋相对的整体责任论思潮于是被提出。整体责任论源于美国学者 Adolph Berle 的企业主体论，主张当侵害债权人利益或其他违法行为发生后，只要涉嫌公司之间具有经济关系都应当视为整体对其违法行为进行处理，这一理论彻底突破了现代公司法的独立人格论。^⑫美国法院认为这一理论较为偏激并未实际采用，直到 20 世纪 70 年代欧共体才将整体责任理论纳入有关法规中。整体责任论的立论核心，视母公司与全资子公司之间的关系是经济关系而并非法律关系，也即将母公司、全资子公司看作一个整体，视全资子公司为母公司的一部分，属于母公司的盈利工具，因而要求母公司对全资子公司侵害债权人

利益的行为承担全部责任。这就意味着无视全资子公司的独立法人格，也推翻了现代公司的基石——股东有限责任。如果说有限责任对跨国公司的发展至关重要，而采用整体责任论则恰恰相反^⑬，因此，鲜有国家、地区法院在处理全资子公司债权人利益保护问题上采此理论。而且，如全资子公司对某一项业务进行了独立决策，并未受到母公司及其（或）股东、董事的干预，那么要求母公司承担侵害全资子公司债权人利益的全部责任，显然不合理；如适用整体责任的前提是母公司有对全资子公司进行控制、支配使得存在二者人格混同的事实，则这一任务完全可由法人人格否认规则来胜任。

2. 规范的回应

两大法系的公司法回应，一言以蔽之，就是原则上坚守全资子公司的股东（母公司）之有限责任待遇，但设有例外。其中的共通经验，乃在于揭破法人面纱也即法人人格否认规则，或曰德国法上的直索责任，核心是为了阻止公司独立人格与股东有限责任被滥用，目标在于维护公司债权人利益。具体到全资子公司，如母公司滥用其有限责任及全资子公司的独立人格，将要求母公司就其滥权行为造成全资子公司的债权人利益受损而直接负责^⑭，自不待言；唯此处的特殊课题在于，对母公司的股东乃至母公司股东的股东滥用有限责任及全资子公司的独立人格，能否要求母公司的股东、母公司股东的股东就其滥权行为对全资子公司债权人承担责任，以维护公司正义，则存悬疑。

除揭破法人面纱之外，英美公司法尚有两条重要法则，一是在全资子公司破产清算此等特殊场合下，运用“深石原则”与实质合并规则，二是日常运营中的揭破法人面纱规则。其中，“深石原则”又称衡平居次原则，具体是指在全资子公司破产或其他无能力偿付债权人债务的情况下，如母公司采取了不公平的行为对待全资子公司、进而危害债权人的利益的，母公司的债权将置于其他债权之后予以受偿。^⑮“深石原则”能够有效防止母公司在全资子公司破产之前故意为了满足自身利益而掏空其资产的行为发生，此外还能避免母公司过度控制全资子公司而发生的不公平交易现象。实质合并原则（substantive consolidation doctrine），是由美国法院在审理关联企业破产案件时，基于衡平而创造的一种使所有债权人全体受益的公平分配财产的救济措施，是美国破产法上的一项重要原则^⑯，在母公司、全资子公司同

时破产的情况下，母公司与全资子公司的财产将进行合并，作为整体财产以清偿债权人利益。一般存在两种情况才能适用实质合并的原则，一是债权人与全资子公司进行交易时，所信任的是整个集团；二是母公司与全资子公司的资产混同，难以分清。¹⁸按照我国的司法经验，适用实质合并规则的行为要件是关联企业法人人格高度混同，适用实质合并规则的结果要件是关联企业高度混同严重损害债权人利益。¹⁹

至于大陆法系，德国、我国台湾地区的规范经验是单独章节规定关联企业制度，法国的规范经验是事实董事制度，相关研究多有介绍，本文不赘。也有学者建议我国采用一个以英美法系的分离实体范式为主、德国的单一企业范式为辅的新范式，即在引入英美法系公司法人格否认制度的基础上，批判性地吸收德国康采恩制度的有益成分，建立一个涵括一般适用规则、特殊适用规则和自由契约机制的母子公司债务责任体系。²⁰这一体系性的规则建构固然重要，但核心仍应该是全资子公司的债权人保护规则。

（二）公司集团运营中全资子公司的特殊治理机制

1. 治理真相

1992年《股份有限公司规范意见》第77条曾对母公司、全资子公司的关系有一个框架性规定，1998年国家经济体制改革委员会《关于企业集团建立母子公司体制的指导意见》全方位规定了国有母公司、全资子公司组建管理体制问题，但仅有政策指导意义而无法律的权威性。由于法律法规层面长期缺乏对母公司行为的有效约束，导致母公司与全资子公司的管理体制不规范，也造成了母公司过度控制全资子公司、给全资子公司债权人利益带来损害的普遍现象。在公司集团框架下，母子公司的整体结构设计之最大出发点就是确保母公司对全资子公司的控制，这既是制度体系存在的基础，也是公司集团经济发展的客观需要。于是，母公司打破集团内部各独立公司法人的治理边界，通过对全资子公司实施一系列近乎绝对控制的行为，力促实现集团整体利益的最大化，全资子公司债权人利益时刻受到潜在的威胁。全资子公司债权人保护的底限就是保持全资子公司的法人独立性，独立人格、独立财产、独立责任乃是法人制度的基石。²¹但现实是，集团公司框架下的全资子公司更像是母公司的一部分，几与分支机构无区别。法律规定的“独立”与现实中的“不独立”存在巨大反差。这一反差在各

国都存在，在我国更具中国特色。

一方面，是母公司集权化管理下的过度控制。我国大型企业集团中存在着过度集权化倾向与特有的管理控制模式。比如在管理层任用方面，按照公司法相关规定，有限公司董事长、副董事长的产生办法由章程规定，董事由股东会选举产生，经理等高管由董事会聘任。而在实践中，母公司多直接通过任命的方式决定全资子公司的董事长（执行董事）、高管人选，并对其进行统一绩效考核和管理。在经营管理方面，母公司对全资子公司发展战略实行审批制，并统一负责项目投资，全资子公司仅仅扮演着项目实施的落实者及执行者角色，对项目本身是否符合公司自身长远发展无话语权及选择权。在财务管理及利润分配方面，母公司负责对全资子公司拟定利润分配方案进行审批，全资子公司的财务、预算及对外融资等方面由母公司统一负责、统一管理，等等。²²

我国国有大型企业集团还因特殊国情而生相应问题。纵观国外的企业集团组成模式，基本都是倒三角形态，即上“大”，下“小”，所谓上“大”就是母公司一般都是规模大、实力雄厚的公众公司，而所谓下“小”，就是在母公司之下设立众多的规模较小的封闭子公司。我国的情况恰恰与之相反，是一种正三角形态，即母公司是国有独资公司之类的一人公司，之下再设立各类子公司，包括规模大、实力雄厚的控股公众公司（上市公司）以及封闭性的全资子公司。这一情状的形成，与国有资产管理体制息息相关。总体来看，不论是正三角还是倒三角形态都存在着母公司对全资子公司的控制问题，可谓中外皆然。但在我国的正三角形态中，母公司对全资子公司的控制给关联交易提供了更佳的温床，债权人利益受到侵害的风险更大。

另一方面，是全资子公司的公司治理功能的实质丧失。某种意义上，作为唯一股东的母公司需要对全资子公司进行必要“控制”，这既是母公司的权利，也是保障企业集团长远健康发展的必然举措。但在现实中母公司越位行为频繁，不通过法律许可的途径与手段行使权利，对不具有合法依据的管理控制事项统统纳入控制范畴，越出了公司治理的法治轨道。²³现代公司的治理效率与正义，得益于科学的治理结构以及分权的权利结构，组织机构的支撑点在于股东会、董事会、监事会等法人机关的分权制衡机制，由此确保公司运行的效率与公平，有效制约股东滥用有限责任，维护公司的独立法人地位，债权人的合法权

益也由此而得保全。但反观全资子公司的治理结构，上述治理机制几乎不存。

首先，关于股东会的虚化与影子化问题。全资子公司不设股东会，多个股东之间的制衡机制也就不存，但作为唯一股东的母公司往往并不只有一个股东，母公司的诸股东虽非全资子公司的股东，但实际控制母公司的诸股东常打破“母子”之界限，对全资子公司行使股东权利，此即“股东权穿越”现象。对此，理论界与实务界存在不同的看法，从现实的视角看，企业集团由于自身结构的调整变化，容易出现股东权利真空、股东利益受损等情况，如一味坚持形式上的法人人格独立，将母公司股东权利彻底隔离在子公司之外，不仅过于形而上学，而且罔顾母子公司之间的直接经济联系之现实，也严重影响母公司的股东设立全资子公司的积极性。事实上，很多国家、地区的公司法承认这一“穿越现象”，并发展出相应的穿越原则来追究适用于股东代位诉讼、股东查阅权之诉等场合，这些制度设计对于保护母公司的股东权利发挥了重要作用。但任何事物均有两面性，另一方面也要承认，母公司的股东的权利穿越行为在一定程度上也形成了对子公司的过度控制，直接导致了母公司“独断专行”与母公司的股东间接控制全资子公司的局面^②，为损害子公司的债权人利益提供了便利条件。

其次，关于董事、经理、监事的事实上任命制问题。由于不存在股东会，公司法关于代表股东的董事由股东会选举产生的规定自然无从适用，于是在企业集团框架下作为唯一股东的母公司直接任命全资子公司的董事（执行董事）成为不二之选。这可以视为是对于股东会选举产生董事的变通之举，无可厚非，但是实践中母公司直接任命全资子公司经理（执行董事兼经理）的做法，直接僭越全资子公司的董事会的职权^③，构成对公司法的直接违反，也是全资子公司缺乏独立治理能力的根源之一。与董事类似，全资子公司的监事多由母公司直接任命，母公司作为形式上的股东，其意志受到其实际控制人、控股股东、管理层的左右。如何确保全资子公司的监事的独立行权也是一个关键性难题。如果说实证研究发现监事会在我国公司治理中普遍流于形式化的话^④，全资子公司的监事制度的形式化更为明显，亟需改善。

2. 公司法的回应

关于全资子公司债权人利益保护的现有规定

体现在三个方面。一是主体身份的特别公示，对全资子公司的身份信息的公示，有利于与其交易的不特定相对人了解到母公司、全资子公司的经营状况与公司的身份性质。我国《公司法》第59条借鉴了此规则，规定全资子公司设立时须在其营业执照中注明法人独资。二是财务、决策等部分环节的公示。全资子公司不设立股东会，以书面形式交由股东签字后备置于公司（第61条）。这一规定，可以理解为是对普通公司股东会会议记录置备的变通措施。全资子公司的单独股东享有与其他普通公司相同的股东会职权，股东会由全体股东组成，决策时可以相互制衡，适用正当程序，但全资子公司的股东行权不存制衡机制，也无特别程序，随时随地一人决策，故有置备并公示之必要，以示股东个人意思与公司意思的独立。由于内外部监督的双重匮乏，全资子公司极易发生资产显著不足、财务违规现象^⑤，为此《公司法》第62条规定须每年编制财务会计报告，交由会计师事务所审计，这有利于加强财务监督，减少财务信息作假现象，防止与母公司的财务混同。三是特殊的法人格否认规则。除《公司法》第20条第3款关于法人格否认的基础性规定外，第63条又规定母公司如无法证明自身财产与全资子公司财产独立的，即适用法人格否认规则，这一严厉的“推定混同”规则有利于保护债权人的利益。

四、强化全资子公司债权人保护的 公司组织法理念与规则

（一）穿越与反穿越理论

问题是，上述规则体系为全资子公司债权人提供的保护力度与深度上都不足够，所以关于强化保护的诸多举措一直在讨论之中，比如引入衡平居次规则，引入双重股东代位诉讼，强化全资子公司监事的设置及职权，以及其他强化公司治理的独立性措施等，上述措施多是指向公司组织法规则的，但同时仍需要确立一项基本的指导理念或曰基本原则，我们将其视为全资子公司治理结构的分权制衡功能之强化。展开言之，公司之所以能够有效运行，关键在于各利益主体间相互制衡、相互支撑的治理结构，有力保障了所有股东的整体利益，同时也为维护债权人的合法利益提供了基础支撑。^⑥相较于其他类型的公司，全资子公司天生缺位股东之间的权利、利益制衡结构，造成了债权人的利益维护的先天不足。基于全资子公司的现实特点，创建适合其特性的治理结构

的关键，是借助“股东穿越”（pass-through）规则来落实母公司的股东的主体责任。母公司股东与母公司的子公司是各自独立的法律实体，其不能越过这一独立法律人格界限直接对子公司行使股东权利，但这一理论已经被股东穿越的理论、实践与判例所突破。所谓“股东穿越”是指“在公司集团中，当控制公司处于绝对支配或者基本绝对支配地位时，控制公司股东得透过控制公司和受控公司的界限，直接就受控公司重大事务行使股东权的法律制度”。^②从全资子公司的一人股东行使股东会全部职权的现实出发，应该“打开天窗说亮话”，引入“股东穿越”理论来实现权利、义务、责任的匹配，权利也意味着责任，权利大，责任亦重。所谓“股东穿越”，是指全资子公司处于被绝对控制与支配的情形下，母公司股东透过母公司与全资子公司之间的界限，对全资子公司的重大决策事项依法行使控制权的制度。^③在母公司股东人数较多时，由其股东会共同行使对全资子公司的股东权，同时应当要求行使股东权的股东或股东会遵照规定，履行股东义务，承担股东责任，并且以公司整体利益作为股东权行使的基本前提。若行权的股东、股东会滥用股东权，则应当对债权人利益带来的损害承担连带责任。一般情况下，母公司股东只能在母公司平台上行使股东权，因为母公司与全资子公司之间的人格相互独立。但根据全资子公司的股东权的行使规则来看，母公司股东可以对全资子公司行使股东权。母公司对全资子公司的控制一般是以传达母公司股东会的意见为主，这一方式难免降低了全资子公司的运营效率，也给债权人的利益带来了威胁。通过利用“股东穿越”理论能够很好地传达经营决策的意见，提高全资子公司经营效率，让全资子公司把握住市场机会，也能够减少母公司股东会与全资子公司在决策意见上的矛盾。这些都在很大程度上增强了全资子公司市场竞争的综合实力，为公司持续发展壮大，提高资产运作能力，保障债权人合法利益奠定了坚实基础。与此相对应，母公司股东会对全资子公司直接行使股东权，如有滥用权利的行为而致使全资子公司的债权人利益受到损害的，应当允许不仅直索母公司的责任（法人格否认），如有必要，也可以再直索母公司的滥用权利的股东的责任（双重法人格否认）。在股东穿越理论下对股东责任的明确规定，能够有效地防止母公司股东做出危害全资子公司债权人利益的行为发生。

（二）具体的公司组织法规则完善

1. 关于衡平居次规则的引入

衡平居次规则的突出制度价值，不仅在于能够有效保障全资子公司的普通债权人的合法权益，更在于它在很大程度上缓和了法人人格独立、债权平等以及现实公平等各方制度之间的矛盾，从形式上看似与债权平等这一基本原则相冲突，究其实质乃是对于这一基本原则的进一步深化和有益弥补，深刻平衡了各方利益主体的权利义务，顺应了当代公司法的发展潮流。^④关于此点，既有公论也是共识，本文不赘，但要强调，引入衡平居次规则对于全资子公司更具紧迫性。

2. 关于双重/多重股东代位诉讼的引入

首先需要论证者，双重股东代位诉讼是为保护全资子公司的母公司的少数股东（如有）的利益而设，那么与全资子公司的债权人保护又有何关？这是稍需论证的。必须指出，侵害全资子公司利益的行为不仅间接损害母公司的（少数）股东的利益，通常同时损害全资子公司的债权人利益。于此场合，母公司的（少数）股东与全资子公司的债权人利益也即前文所言的休戚与共，藉由前者的诉权来维护全资子公司的利益，也就维护了全资子公司的债权人利益，也可谓后者乃一搭便车者。

实践中公司集团存在多重母子公司关系，甚至全资子公司有七八重之多，处于金字塔尖的最终实际控制人行使控制权具有不受阻止的穿越力，直达最底端的全资子公司；与此不匹配的是，股东的有限责任制度确保全资子公司的股东（即母公司）以出资额为限对子公司的债务承担有限责任，至于母公司股东乃至母公司股东的股东（以此类推）无需直接担责。由此一来，母公司股东违反诚实信用义务，滥用公司独立法人资格，严重损害全资子公司的债权人利益的，在“双重”“多重”壳之下仍然享受“双重保护”“多重保护”之待遇。如果说，正是有限责任制度在债权人和出资人之间树立了一道难以跨越的鸿沟^⑤，这道鸿沟在公司集团的背景下则形成了一道道天堑。

在公司集团内的重重子公司结构中，只要在某一层级的子公司存在多个股东，控股股东、管理层都有动力藉由设立多重子公司的结构来实现对于下一层级子公司及其以下层级的子公司的控制，来跳出上层级的其他股东的约束与制衡，所以赋权全资子公司的股东的股东（也即上层级股东）向下穿透的权利，不可或缺。理解这一实务

背景,就不难从股东代位诉讼的本来制度功能合理地引申出双重代位诉讼的概念及存在的空间。在全资子公司利益受损的情况下,有权提起诉讼的本为子公司自身,有权提起代位诉讼的应是母公司,如母公司不愿提起代位诉讼,唯有允许母公司的(少数)股东有权提起第二层次的代位诉讼,方能实现股东代位诉讼的预设价值。如上文已论证的,如肯定股东代位诉讼兼具保护少数股东与债权人的双重功能,则在公司集团的结构下,如明确母公司的股东(尤其少数股东)代表子公司提起代位诉讼,就意味着若全资子公司的管理层、上层级的控股股东、实际控制人等滥用职权或不法行为损害公司利益,在符合某种条件下母公司的少数股东可以代位全资子公司提起股东代位诉讼。进言之,双重、多重股东代位诉讼惟在公司集团的结构下方有真正的适用价值。首先,基于母子公司的特殊结构,双方在利益上存在着直接紧密的联系,全资子公司的实际经营状况、运营状态与母公司的股东利益息息相关,参照德国学者 Lutter 的观点,全资子公司的经营活动会对母公司的股东获利具有至关重要的作用。^③其次,作为全资子公司的股东,母公司采委派方式选调管理人到全资子公司担任董事、监事、高管,一些母公司的控股股东、实际控制人利用控制地位通过与全资子公司管理层勾结,用恶意串通等方式追求不法利益,放任全资子公司的利益恣意受害,此时已然侵害了母公司的其他股东的利益。所以,赋予母公司的(少数)股东的双重代位诉讼显得必要且重要。

我国公司法尚未规定双重股东代位诉讼,实践中已经发生了多起双重股东代位诉讼案,但原告的诉请由于缺乏法律依据往往不被法院支持。^④最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》(2016年7月25日的征求意见稿)第34条曾规定:

全资子公司的董事、监事、高级管理人员有公司法第一百四十九条规定情形的,母公司的股东可以依据公司法第一百五十一条规定的条件和程序请求全资子公司的监事会或者监事、董事会或者执行董事,或者以自己名义直接向人民法院提起诉讼。人民法院依法受理后,全资子公司应当作为第三人参加诉讼。

母公司的股东提起前款规定的诉讼时,应当请求被告向全资子公司承担民事责任,请求被告向母公司承担民事责任的,不予

支持。

人民法院审理前款规定的案件,参照适用本规定第二十九条至第三十三条的规定(即股东代位诉讼的规定——引者注)。

上述条款有限度地确立了双重股东代位诉讼,但最终未获通过。双重股东代位诉讼可以形象地譬喻为股东的股东^⑤提出的代位诉讼,实为企业集团法的必要制度设计之一。美国等都明确支持双重代位诉讼^⑥,日本公司法允许提出更多层次的股东代位诉讼,称为多重股东代位诉讼^⑦,我国公司法对此制度的缺位状态亟需早日补上。

3. 法人格否认规则的特殊适用

在《公司法》第20条、第63条规定之基础上,尚需结合全资子公司的特点有针对性地完善法人格否认的适用要件。尤其是,第63条的财产混同制度主要适用于自然人一人公司,如适用于法人全资子公司,有三处要件需要进一步明确。

一是扩张适格被告的范围。根据《公司法》第20条第三款规定,债权人提起法人人格否认之诉意在追究滥权的股东对公司债务承担连带责任。依此,原告可以选择起诉公司,或股东,或将公司和股东作为共同被告起诉。但立足母子公司的整体框架下,若法人人格否认之诉的被告仅限于此,对于债权人保护的价值非常有限,实有必要将其母公司的股东列为被告,这是为因应上文论证的“行权穿越”(全资子公司受母公司完全控制背后乃是母公司的控股股东的实质控制),对应实施反向的“责任穿越”。既然全资子公司的控制权实为母公司的控股股东掌握,行权往下穿越到底,相应的责任追究也需逆上穿越到顶,以实现权利义务的对等原则。当然,母公司如存在多个股东的,少数股东未参与滥权行为的,不在被告之列。

二是行为要件的严格认定与类型化。法人人格否认的适用要件之一,是股东滥用公司独立人格的行为,最典型的是公司人格形骸化。所谓形骸化就是全资子公司与母公司完全混同,前者已然成为躯壳,完全沦为后者实现自身利益的工具,类型上包括财产混同、业务混同以及组织机构混同等。^⑧但就“混同”构成之认定,于全资子公司身上尤需谨慎,应区分情况分别而论,尤其不能将集团公司结构下的子公司之间的正常经营行为以及法律允许限度内的控制行为一概简单纳入“混同”的范畴。^⑨考诸研究文献,人们关于“混同”的定义多属描述性的而非规范性的,比如,所谓财产混同“是指全资子公司与其母公司之间

的财产无法区分，主要表现为整体利益一体化，甚至全资子公司成为母公司的‘提款机’，其盈利随意往来”。⁴⁰描述性定义不失为形象，但精准性犹显不足，在母子公司场合下会加剧动辄被视为母子混同的风险。基于母子公司结构的独特性，对于财产混同的认定尤需谨慎，诸如二者之间频繁的资金往来都属于正常的经营行为，而不宜由此径直认定为财产混同。这一道理也适用于业务混同、组织混同的认定。所谓业务混同，描述性概念是指“全资子公司与母公司之间业务不加区分，交易主体无法辨认”，也即在实际操作中母公司基于集团整体发展目标往往对下属子公司的业务予以统一管理，甚至直接决定具体业务，以确保集团在市场竞争中的整体步调协调，最大限度提升竞争力。⁴¹因此，如将此类行为一概纳入业务混同范畴，全资子公司的存在基础与价值将被动摇。所谓组织混同，主要是指董事会、高管人员的混同⁴²，全资子公司与母公司在组织机构、人员配备等方面素来浑然一体，全资子公司甚至实质性缺乏对外意思表示的能力，比如常见的母公司派员到子公司兼职之情状，亦应根据实际情况予以科学合理的判断和实事求是的界定。参照公司法相关规定，股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利，故而母公司单纯从管理角度向子公司派遣、输送相关管理人员，可以视作参与重大决策和进行管理的重要方式之一，不宜简单认定为组织混同。⁴³总之，既然法律允许公司集团这一运营模式，就应该给予选择符合其自身发展需求的管理模式的自由，对于企业集团降低总体运行成本、优化工作效率、增强竞争力的举措，应该肯定这是其核心的制度竞争力所在，尽管有貌似业务混同、组织混同之处，应该多从集团公司的实际情况出发，如罔顾事实，盲目地将上述表象列入法人人格否认的行为要件，也将最终动摇集团经济的运行机制，最终对全资子公司的债权人保护未必有利。有学者提出，法人人格否认适用于母子公司，必须强调母公司对子公司的过度控制符合连续性、持久性、广泛性之特点⁴⁴，属于清醒认识。最后要强调，相较于业务混同、组织混同，财产混同之于法人人格否认规则适用的决定意义相对更大。这是因为现代企业模式下不论股东权益、债权人利益以何种方式受到何种损害，都以责任财产作为衡量依据，只要全资子公司在财产上保持独立，法人人格否认就不应该被适用，其之于全资子公司的适用就可以得到某种必要限度的控制。

三是改良主观要件。适用法人人格否认规则而被追究连带责任的股东是否需要具备主观过错要件？有两种对立的观点，主观论持肯定立场，认为惟股东具有主观上侵害债权人的恶意，方能追究其责任，客观论则认为股东的主观恶意无需具备。⁴⁵观法人人格否认的三方当事人之间的法律关系，债权人与公司属于原发性债权债务关系的当事人，被追究连带责任的滥权股东系第三方，可见股东对于利益受损的债权人而言实属侵权责任。故而，被追究责任的股东需符合一般侵权责任的主观要件，也即侵害人主观上存在恶意。就《公司法》第20条第三款的语义解释看，“从主观要件看，本条连续使用了‘滥用’‘逃避’和‘损害’词语，表明股东在滥用公司人格时应当存在主观过错。换言之，如果企业集团对成员公司的管理或者控制行为是基于集团整体运营的需要，不存在逃避债务的主观过错，则不能认定为滥用成员公司法人格的行为”。⁴⁶基于母子公司的结构性特点，全资子公司的债权人很难证明母公司及股东的主观过错，从而面临诉讼成本与风险加大之风险，也可考虑适用过错推定原则，即母公司及股东无法证明有关决策不存在恶意的，则认定有主观过错。

4. 公司法的其他若干特殊规则

一是资本认缴制的必要匡正。全资子公司的资本真实对于债权人的利益保护至关重要。2013年修订公司法引入的认缴资本制尤其对全资子公司的债权人利益保护带来相当的冲击。作为唯一股东，母公司利用自定章程的机会在全资子公司章程中自由约定出资数额、缴纳期限即可，加之缺乏其他股东的内部制衡与监督，母公司的实际出资更加随意，债权人也难以查知出资的真实情况，处于更加不利的境地。在2103年之前的公司法上保护债权人的系列措施多以资本实缴制为假设而建，但这些举措的保护力度目前有所弱化或者不存。为应对资本认缴制带来的挑战而强化全资子公司的债权人保护，以下两项改革举措势在必行。一是限制畸长的出资期限。认缴制的本质不是免除股东的出资义务，而是放低资本门槛，更多尊重公司自治与股东自治⁴⁷，股东最终还是要足额缴纳认缴资本，但由于不存在首期出资数额与出资期限的法定限制，个别公司章程动辄规定数十年之久的缴纳期限，尽管并不违法，但客观上不利于债权人却也是事实，对于全资子公司更为不利。基于出资期限乃是唯一股东自定的事实，如对全资子公司的畸长出资期限有所限制，

似也不无必要。二是引入加速到期机制。所谓加速到期机制,是指一旦发生公司不能清偿到期债务的,债权人可要求股东不再遵循出资协议、章程约定的出资期限,提前履行出资义务。^⑧尽管这一规则存在争议,但其匡正资本认缴制之积弊、保护公司债权人的规范价值不为人否认,相较于其他普通公司,同样基于出资期限乃是唯一股东自定的事实,全资子公司适用加速到期具有更大的必要性。

二是关于监事的设置及职权强化。首先,目前关于强化我国公司监事会监督职责的所有讨论,也都适用于全资子公司,除此之外,强化全资子公司的监事会尚需某些特殊措施,以有利于监督职能的切实发挥。全资子公司的监事获取公司信息的渠道十分有限,特别是公司法对监事行使调查权的规定过于笼统,同时又没有明确股东、董事主动提供公司相关信息给监事的义务。有鉴于此,适当赋予监事的业务情况调查权,也即在一定情况下监事有权采取措施对公司经营及财务状况予以调查,同时要求高级管理人员有义务定期向其提供经营信息。

三是关于公司信息公示的强化。《公司法》对全资子公司的信息披露要求,仅限于设立时须在其营业执照中注明法人独资或是自然人独资(第59条),这似显不足,有必要对全资子公司的信息公示提出比普通有限公司、股份公司更高的要求,具体包括:第一,对全资子公司的章程公示提出更高要求,便于债权人、潜在交易相对人查询。明确要求全资子公司的章程载明母子公司之间股东权利及其行使的内容,以冀望于起到抑制母公司滥权之功效。第二,全资子公司的法人独资信息应在公司名称、商业信函等涉及公司信息文件中注明,以起到风险提示之功效,降低债权人的交易成本。第三,对全资子公司的董事会、监事会(如设有)决议等重要信息进行备案,以方便债权人的信息查询,且能在维权时作为诉讼的证据。

结论

企业集团的结构以“母子”关系为要,全资子公司之所以获得投资者青睐的原因正在于“母子”结构的强经济功能与法律功能,呼应了当代公司整体控制的发展需求。^⑨但任何事物都有两面性,全资子公司带给债权人利益保护的挑战应引起法律的重视,否则最终将阻碍其发展。罗尔斯说“某种法律和制度,不管它们如何有效率和安

排有序,只要它们不正义,就必须加以改造或废除”^⑩,公司正义乃是公司法治的基本目标,公司正义原则一个突出的制度价值恰在于对公司自治的纠偏与制衡。由于“单纯依靠公司法总则中的一个原则性条文,是难以全面反映公司正义这一要求的”^⑪,因此公司正义原则需要落实在具体的法律规定之中。由于母子公司结构的特殊性,公司自治在全资子公司身上出现了“极端化”倾向——在“自治”原则下,母公司利用各种手段实现自身利益的最大化,严重损害全资子公司债权人利益,破坏了公司正义。一般情况下,公司正义与公司自治在各自发挥作用的基础上,相向而行,相互补充,协力共同保障公司法治的实现。但基于公司自治原则的各方利益也会由于越界行为而致失衡,造成相关群体利益的直接侵害,公司正义正是在这一过程中找到了平衡点,有效实现了公司法的目标与宗旨。

单纯就公司作为“投资者的工具”^⑫之本质而言,控制人的逐利天性必须保持在合理有序的法治框架内,否则对其他利益相关者贻害无穷。在利益的驱动之下,一旦法律的漏洞未能有效弥补,逐利人在经营中就会敏锐地发现并加以利用,在公司集团的层层外衣照护之下,母公司、全资子公司之间的全然控制与被控制的关系无疑会无限放大。在此意义上,保护全资子公司的债权人利益,既是公司正义之必然要求,也是公司集团经济健康发展的起点与必然归宿。关于股东有限责任与公司独立法人格带来的诸制度弊端,在全资子公司身上得到集中的典型的体现,加之其独特的股权结构及身处云山雾罩的集团公司的复杂结构之中,更显严重;关于公司债权人利益保护的几乎所有法律措施在全资子公司身上都是适用的,但又都是不足够的。所以关于全资子公司的债权人保护的讨论,离不开普通公司债权人保护的一般性,但更应重视其特殊性。关于特殊性的讨论既立足于世界各国、各地区公司法的一般经验法则,又要建立在当前独特国情之上。尽管有些特殊的制度举措在某些方面或者某种程度上逾越了公司法的一般性规则,但就全资子公司而言其必要性无论多么强调都可能是不过分的。如果“乱世用重典”的价值论有其正确性的话,针对全资子公司适用某些特殊的制度规范群,在价值观与方法论上异曲同工。以上所论当然属于制度规范建设的价值性判断,需要强调的是,关于全资子公司债权人保护的特别制度规范的正当性判断,正是建立在上述价值性评判之上的。

- ① (德) 托马斯·莱赛尔 《德国股份公司的现实问题》，《法学家》1997年第3期。
- ② 赖英照编 《公司法论文集》，台北：台湾证券市场发展基金会，1998年增订再版，第113-114页。
- ③ 甘培忠、解宇 《浅谈母公司与子公司间关系的若干法律问题》，《中外法学》1994年第5期。
- ④ 王涌 《一人公司导论》，《法律科学》1997年第4期。
- ⑤ 王天鸿 《一人公司制度比较研究》，北京：法律出版社，2003年，第17-18页。
- ⑥ 施天涛 《关联企业法律问题研究》，北京：法律出版社，1998年，第157页。
- ⑦ 比如公司违反“无盈不分”而做出分红决议的，公司债权人有权提起决议无效之诉。参见丁俊峰 《公司决议规则的制度解读和亮点呈现》，《中国审判》2017年第26期；李志刚 《公司股东会撤销决议之诉的当事人：规范、法理与实践》，《法学家》2018年第4期。
- ⑧ ②④ ②⑨ ③⑩ 赵志刚 《公司集团基本法律问题研究》，北京：北京大学出版社，2006年，第240-241、87、75、75页。
- ⑨ 李建伟 《公司法》(第四版)，北京：中国人民大学出版社，2018年，第82-84页。
- ⑩ 姜旭阳 《一人公司为股东担保的效力》，《人民法院报》2010年1月28日，第6版；郑仲超 《一人公司为股东提供担保的效力及规制》，《金融法苑》2016年第1辑；吴飞飞 《自由与限制——一人公司为股东提供担保的规制》，《山东科技大学学报》(社科版) 2011年第6期。
- ⑪ 姚梅镇主编 《国际经济法概论》，武汉：武汉大学出版社，1989年，第69页。
- ⑫ 姚梅镇、余劲松 《国际经济法成案研究》，武汉：武汉大学出版社，1995年，第52-58页。
- ⑬ 李斌 《论跨国公司母公司对子公司的法律责任》，《南京大学学报》(哲社版) 2001年第3期。
- ⑭ 汤玉枢 《母公司对子公司债务责任承担的法律思考》，《华侨大学学报》(哲社版) 2000年第2期。
- ⑮ ③⑧ ④⑫ 朱慈蕴 《公司法人格否认法理研究》，北京：法律出版社，1998年，第75、150-152、152页。
- ⑯ 李力 《美国破产法“深石原则”从何而来》，《中国证券期货》2016年第12期。
- ⑰ 徐阳光 《论关联企业实质合并破产》，《中外法学》2017年第3期。
- ⑱ 刘连煜 《公司法理论与判决研究》，北京：法律出版社，2002年，第114页。
- ⑲ 孔维瓊 《实质合并规则的理解和运用》，《人民司法·应用》2016年第28期。
- ⑳ 黄辉 《国企改革背景下母子公司债务责任问题的规制逻辑和进路》，《中外法学》2017年第6期。
- ㉑ 王利明、郭明瑞、吴汉东 《民法新论》上册，北京：中国政法大学出版社，1988年，第205-215页。
- ㉒ 王璞 《母子公司管理》，北京：中信出版社，2003年，第77-85页。
- ㉓ 李建伟 《公司制度、公司治理与公司管理》，北京：人民法院出版社，2005年，第275-279页。
- ㉔ 参见《公司法》第46条第一款第(九)项。
- ㉕ 柏美林 《公司法人治理结构的现状与对策》，《南京社会科学》2000年第2期。
- ㉖ 徐琼 《资本不足适用公司人格否认理论之质疑》，《政治与法律》2006年第3期。
- ㉗ (美) 莱纳·克拉克曼等 《公司法剖析：比较与功能的视角》，刘俊海、徐海燕等译，北京：北京大学出版社，2007年，第38页。
- ㉘ 江平 《公司法与次级债权理论》，赵旭东主编 《公司法评论》第1辑，北京：人民法院出版社，2005年，第1-5页。
- ㉙ 夏雅丽 《公司法与现代企业制度论》，西安：陕西人民出版社，1999年，第204页。
- ㉚ 林晓霖 《股东利益的冲突与平衡——探寻股东关系的基本原则》，《法学评论》2001年第1期。
- ㉛ 典型者如：Sino公司案，参见天津市第一中级人民法院(2009)一中民初字第21号民事判决书(一审)、天津市高级人民法院(2012)津高民四终字第1号民事判决书(二审)；嘉隆公司案，参见广东省汕头市中级人民法院(2004)汕中法民四初字第66号民事判决书(一审)；蔻薇尔公司案，参见上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民五(商)初字第21号民事判决书；林承恩与李江山等损害公司利益纠纷案，参见江西省高级人民法院(2010)赣民四初字第4号民事判决书(一审)、最高人民法院(2012)民四终字第15号民事判决书(二审)，该案例载于《最高人民法院公报》2014年第11期。
- ㉜ 母公司的股东，对于全资子公司而言属于“股东的股东”范畴，固然可以用既有的“实际控制人”概念代替之，但在股东代位诉讼的场合下，只能用“股东的股东”指称之，因为股东代位诉讼制度体系中不使用实际控制人的概念。
- ㉝ 美国法律研究院(ALI)发布的《公司治理原则：分析与建议》指出，“在判例法下，单个原告不仅可以代表自己直

接拥有股份的公司提起代位诉讼，而且还可以代表该公司拥有重大投资股份的子公司提起代位诉讼……对于上述规则是否仅适用于两个公司之间构成实质上的子公司与母公司的关系的情况，还是只要有投资即已足够，判例之间存在分歧。法院通常要求原告股东的公司至少持有受损害的公司事实上的股权，这是比较合理的做法……根据判决，即使母公司对子公司的控制是通过一家中间公司的子公司实现的，母公司的股东仍可代表子公司诉讼，这样实质上构成了‘三重代位诉讼’”。

- ③⑦ 《日本公司法》第 847 条之 3 规定，“由最终完全控股母公司等的股东所提起的特定责任追究之诉”。据此，当子公司董事的义务违反行为对母公司产生损害时，母公司的股东可以直接追究子公司董事责任。日本公司法理论认为，若不确立多重（双重）股东代位诉讼，能够提起诉讼追究子公司董事责任的只限于母公司，这不足以完成股东代位诉讼的价值目标。所谓“最终完全控股母公司”是指母公司与子公司之间必须存在 100% 支配从属关系，且子公司还必须占母公司的大部分比例。
- ③⑨ ④⑥ 金剑锋 《企业集团与法人格否认制度》，《人民法院报》2011 年 6 月 8 日，第 7 版。
- ④⑩ 赵旭东主编 《公司法》，北京：高等教育出版社，2006 年，第 13 页。
- ④⑪ 许福忠 《关联公司人格混同的认定及责任承担》，《人民法院报》2014 年 5 月 15 日，第 7 版。
- ④⑫ 刘俊海 《现代公司法》，北京：法律出版社，2011 年，第 551 页。
- ④⑬ 朱慈蕴 《公司法人格否认法理在母子公司中的运用》，《法律科学》1998 年第 5 期。
- ④⑭ 赵旭东 《法人人格否认的构成要件分析》，《人民司法·应用》2011 年第 17 期。
- ④⑮ 李建伟 《公司资本制度的新发展》，北京：中国政法大学出版社，2015 年，第 201 - 202 页。
- ④⑯ 李建伟 《认缴制下股东出资义务的加速到期制度研究》，《人民司法·应用》2015 年第 5 期。
- ④⑰ (美) 竹中征夫 《企业收购与兼并》，杨瑞等译，北京：北京经济学院出版社，1995 年，第 50 页。
- ⑤⑩ (美) 约翰·罗尔斯 《正义论》，何怀宏等译，北京：中国社会科学出版社，2009 年，第 4 页。
- ⑤⑪ 梁上上 《论公司正义》，《现代法学》2017 年第 1 期。
- ⑤⑫ 叶林 《中国公司法》，北京：中国审计出版社，1997 年，“前言”，第 1 页。

(责任编辑：周中举)